

# 论共犯关系之脱离

金泽刚<sup>\*</sup>

---

**内容提要:**共犯关系脱离是指部分共犯退出共同犯罪后如何评价其罪责问题。尽管各国刑法对共犯关系的脱离都没有明文规定,但大陆法系国家尤其是日本刑法的相关理论和判例已经形成了较为完备的理论学说。分析评价共犯关系脱离的各种学说,研究共犯关系脱离的判断标准以及共犯关系脱离的类型等问题,对于在我国刑法中倡导共犯关系脱离的理论,解决司法实践中存在的此类问题有重大现实意义。

**关键词:**共同犯罪 脱离 标准 类型

---

## 一、问题的提出

所谓共犯关系脱离,简称共犯脱离,是指自共犯关系成立直至犯罪完成,尽管部分共犯已经退出该共犯关系,但其他共犯仍继续实施犯罪,并达到既遂的情形。问题在于:脱离者对脱离之前的行为须承担何种责任?对脱离后的行为或者结果又是否承担责任?

共犯脱离的情形在司法实践中并不少见。如行为人F与其他二名共犯G、H一起共谋侵入他人住宅盗取财物,在实施犯罪的六周之前,F向G、H提供了侵入对象住宅及其居住者的生活习惯等信息。然而,在实施犯罪的两周前,F表明自己想停止实施犯罪,并努力劝说G和H也不要实施该犯罪。结果G、H最终还是完成了入室盗窃行为。那么,对F是否应当追究入室盗窃的责任?再如,A、B、C三人基于抢劫的共谋侵入某老妇人的住宅,A向该老妇人施以强暴,B用刀子切断电话线之后,将刀递给C,此时,该房屋的租借人D正好出现,三人大为吃惊,B立刻大叫“逃吧”,并与A一道从窗口爬出后逃走,而当剩下的C试图从后门逃走时,因后门已经上锁而无法逃脱,进而杀死了追赶而来的D。此案中,逃走的B和A是否与C一同构成抢劫杀人罪的共犯呢?

由于各国刑法均未对共犯脱离作明确的规定,针对上述问题,一般从以下几方面加以考虑:

其一,从刑法对未完成罪(如中止犯或中止未遂)的规定中寻找解决方法。如1999年1月1日起生效的德国刑法第24条(犯罪中止)第2款规定,“在数人共同犯罪中,其中主动阻止犯罪完成的,不因未遂而处罚。如该犯罪没有中止犯的行为也不能完成的,或犯罪的未遂与中止犯以前参与的行为无关,只要行为人主动努力阻止该犯罪完成,应免除其刑罚。”〔1〕日本刑法第43条和我国台湾地区

---

\* 上海交通大学法学院副教授

〔1〕徐久生等译:《德国刑法典》,中国法制出版社2000年版

刑法第 27 条则把犯罪中止规定为未遂罪的范畴,即中止未遂。其规定明显有别于德国刑法,虽然日本改正刑法草案第 24 条第 2 款规定了“准中止犯”,但仍然只是对中止犯的补充,而不是规定共犯关系的脱离。

其二,在英美判例法国家,刑法一般不认同“犯罪中止”这个术语,但美国有些州的法典规定的“放弃犯罪”其实就有犯罪中止的意思。有的把“放弃犯罪”放在犯罪未遂之后,应当减轻刑罚,有的则把它放在免罪辩护章节里作为免罪辩护的理由,如纽约州的刑法典。<sup>[2]</sup>为了吸引已经参加犯罪共谋的人放弃犯罪计划,“中止共谋”可以作为辩护理由。笔者认为,这里的中止共谋可以理解为共谋犯脱离共犯关系。美国法律协会起草的《模范刑法典》2.06(6)(c)之规定很有参考价值。该规定内容如下:如果“在该犯罪实行之前,解消共谋关系,并且,(1)完全消除因共犯关系的存在而给犯罪的实行所带来的效果;或者,(2)给予法律执行机关以适时的警告,并为阻止犯罪的实行而做出其他适当努力”,那么,“就他人所实行的犯罪,则不得作为共犯对待”。另外,在理由书中对此规定还作了以下说明:“作为一般原则,以消灭因自己参与共犯关系所产生的效果为必要。在借给武器的场合,以收回该武器为必要,与此相反,在实施教唆行为的场合,则只要诚挚地劝说(其他共犯)放弃犯意即可。根据各个案件的具体情况,(脱离人)所必须实施的行为亦各不相同,因此,制定较上述规定更为具体的标准的作法并不妥当”。在英国法中,就教唆与帮助犯而言,在一定条件之下仍认可共犯的“脱离”这一抗辩理由。这与英国一概不认可中止未遂的作法形成鲜明的对比。并且,一般认为脱离要件为脱离的“有效性”。<sup>[3]</sup>在 Fletcher 案中,被告对主犯说“不要干”,“别当傻瓜”,这些表达含糊的言语并不足以脱离他与主犯行为之间的关系。但是,法庭认为他通过试图阻止主犯犯罪而退出了犯罪。另外,在参与犯罪的谋划后,仅仅在计划实施犯罪的那天放弃还不够。但在犯罪发生的两周前,声明自己对犯罪不会有更多的作为则是充分的。在认定某人是否从自发形成的共犯中退出时,法律的规定则要宽松些,在这种情况下,只要不再参与侵害,就可以形成一个有效的共犯的退出。<sup>[4]</sup>

其三,虽然日本刑法没有规定共犯关系的脱离,但迄今为止,日本理论和判例已逐渐形成了较为独到的共犯脱离的理论学说。在研究这一问题的早期,由于日本一直坚持共同犯罪的“部分实行全部责任”的原则,故而共犯的脱离一般都被当作共同犯罪的中止犯来研究。<sup>[5]</sup>但是,只要未能阻止危害结果的发生,则并不能构成中止犯。这样的研究确有弊端。首先,从刑事政策的角度来看,就不合适,因为这不利于“鼓励参与犯罪的人中途放弃犯罪”。<sup>[6]</sup>其次,中止犯理论无法涵盖共犯关系的脱离,因为只要存在共犯关系,就可发生共犯脱离。例如,脱离发生在着手实行之前的场合,只要尚未构成未遂,就难以适用中止犯的规定,即便脱离发生在着手实行以后,象伤害致死这种情况,并无探讨未遂成立与否的余地。此时,对于就死亡结果是否追究脱离者的责任,也无法作为中止犯问题处理。<sup>[7]</sup>继续犯的情况同样如此。而在日本刑法中共犯的中止犯只能发生在着手实行之后,既遂之前,尤其是着手实行以后共同正犯关系的脱离,如将其与单独正犯的中止犯平等对待,以“共犯的中止”成立条件来要求“共犯的脱离”,这不仅容易引起理论上的混乱,而且难以对“幡然醒悟者”给予切实的法律救济。对于此时的脱离者,既不公平也过于残酷。<sup>[8]</sup>因而,即便犯罪结果已经发生,在一定条件下,仍可发生共犯关系的脱离,进而脱离者对于脱离后的行为不承担责任。如果具备“任意性”要件,还可以

[2] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 1996 年版,第 146 页。

[3] Cross & Jones, *Introduction to Criminal Law*, para. 24. 31.

[4] 参见[英]Jonathan Herring:《刑法》,法律出版社 2002 年版,第 426 页以下。

[5] 参见[日]川端博:《刑法总论讲义》,成文堂 1995 年版,第 595 页。

[6] 马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社 2002 年版,第 745 页。

[7] 参见[日]内藤谦:《刑法讲义总论(下)》,有斐阁 2002 年版,第 1426 页。

[8] 参见[日]大塚仁:《共犯的中止与共犯关系的脱离》,载福田平、大塚仁:《刑法总论 I——现代社会与犯罪》,有斐阁 1979 年版,第 398 页。

成立犯罪中止。这已成为当今日本刑法学界的多数观点。于是,共犯脱离的理论逐步从共犯中止中脱离出来,并形成众多的学说,<sup>[9]</sup>极大地丰富了日本刑法的共犯理论。

我国司法实务中也存在共犯人退出共犯的问题,笔者就曾经遇到过类似的案件,案中X、Y、Z三人共谋强奸被害人G女,当他们将G挟持到某宾馆后,X发现G下身不适,并告知Y和Z二人,Z立刻说自己不干了,并希望他们放走G,还说“这样干了会倒霉的”。但在Z离去后,X和Y二人还是将G女奸污。法院审理此案时对于Z是否构成强奸(既遂)的共犯产生了一定分歧,但最终还是认定三人轮奸犯罪成立。理由是Z也实施了强奸罪客观方面的暴力行为。长期以来,如同本案的处理一样,对这类问题的探讨大都是根据犯罪中止的有关理论来展开的,而以中止犯的理论来处理部分共犯退出共同犯罪的案件是否符合罪责刑相适应的刑法原则,在今天看来已不无疑问。与此同时,近几年来,我国部分学者开始介绍日本相关刑法理论,<sup>[10]</sup>有的还借鉴“共犯脱离”的概念,对共犯脱离的成立条件、判断标准等进行了尝试性的研究,<sup>[11]</sup>这对于推动我国刑法关于共犯学说的研究,以及司法部门正确处理这类案件无疑具有积极的意义。但客观地说,国内对共犯脱离问题的研究尚处于初始阶段,在共犯脱离的理论领域还有许多有待深入探究的问题。

## 二、共犯脱离的学说之评析

在日本,共犯脱离理论的研究极为全面和深入。这里仅以日本刑法学界的主流学说为对象,对共犯脱离的学说和判例进行介绍和评析。

### (一)共同意思欠缺说

长期以来,日本学界的通说及判例一直以阻止其他共犯的实行行为,或者防止了犯罪结果的发生,作为共犯的中止犯的成立要件。首先对此提出疑问的是井上正治教授。井上教授以昭和24年(1979年)的最高裁判例“九百日元事件”<sup>[12]</sup>为契机,主张在共同正犯关系中,只要欠缺意思联络,就不能再认为每个共犯的行为均是共犯整体行为,为阻止犯罪结果的发生所付出的努力的真挚程度是判断意思联络是否已中断的重要标准。<sup>[13]</sup>但遗憾的是,井上教授并未就此充分展开并提出共犯脱离的理论。其后,冈野光雄教授指出,“在共同意思主体说看来,只要放弃并向其他共犯表明已放弃共同实行这一犯罪意思,并得到其他共犯的认可,则认为,至此所形成的共同意思主体已经解消或消灭。其后,不再存在包括脱离者在内的共同意思主体现象,并且,脱离者就脱离之前的共同正犯关系成立中止犯。”<sup>[14]</sup>

的确,除片面共犯之外,共犯之间的意思联络是成立共犯不可或缺的要件,但这里探讨的并不是共犯或者中止犯的成立要件,而是共犯脱离其本身的成立要件。因此,将脱离的成立要件简单地还原为共犯的成立要件,仅以缺乏意思联络为理由,而得出对脱离后的行为不承担罪责这一结论,缺乏足够的说服力。

另外,笔者认为,该说还存在以下几点疑问:第一,是否为阻止结果的发生而付出了真挚的努力,

[9] 主要有共同意思欠缺说、障碍未遂准用说、因果关系切断说以及共犯关系解消说等,这些学说均是笔者出于论述之便而命名的,它们也正是本文随后要重点讨论的问题。

[10] 参见张明楷:《未遂犯论》,法律出版社、日本成文堂1997年版和《外国刑法纲要》清华大学出版社1999年版;马克昌:《关于共犯的比较研究》,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》第3卷,法律出版社1999年版和《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版。

[11] 参见刘凌梅:《论共同犯罪关系的脱离》,《河南省政法管理干部学院学报》2003年第2期;赵慧:《论共犯关系的脱离》,《法学评论》2003年第5期;陈加林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版。

[12] [日]最判昭和24年(1949年)12月17日刑集3卷12号2028页。

[13] [日]井上正治:《共犯与中止》,载平野龙一等编:《判例演习(刑法总论)》,有斐阁1960年版,第209页以下。

[14] [日]冈野光雄:《共同正犯的脱离》,《研修》第509号(2004年),第10页。

这与其说是脱离的要件,倒不如说是中止犯的成立要件,因而不得不,井上教授的观点尚未跳出传统中止犯理论的禁锢,有混同共犯的脱离与共犯的中止犯之嫌。第二,主观意思联络是构成共犯的必要要件而非充分要件。按照该说的理解,由于片面共犯的共犯人之间并不存在意思联络,则不能构成共犯,也无从予以处罚,这显然有违客观事实。第三,一旦欠缺意思联络,其共犯人之间心理上的相互影响或许会消失,但在着手实行后的场合,部分犯意业已客观化,其是否对既遂产生影响,并不取决于中止人的意思本身,因而,单纯的中止行为亦或是欠缺意思联络,尚不足以成立中止犯。<sup>[15]</sup>此外,完全不考虑诸如提供犯罪工具等物理性影响,这难免有扩大免责范围之虞。

### (二)障碍未遂准用说

大塚仁教授认为,“一旦成立中止犯,则必须减免中止人之刑,相反,如未能成立中止犯,即便中止人为中止犯罪作出了真挚的努力,也必须承担既遂罪责,其中止行为仅为量刑时的酌情减免事由,在不少场合,这不仅有失均衡,也过于苛刻。”<sup>[16]</sup>而且,既然中止犯是有关未遂的规定,那么,在共同正犯已达到既遂的场合,则不再有成立中止犯之余地,并以此为不变的前提,提出了共犯关系的脱离(障碍未遂准用说)这一新的学说。大塚仁教授的观点受到野村稔、佐久间修等人的支持,<sup>[17]</sup>但现在已成为少数说。该说认为,共同正犯关系的脱离者的罪责较中止犯要重,较既遂犯要轻,如适用障碍未遂,就可与成立中止犯的场合保持均衡,在实际处遇上更为合理。针对那些不能成立中止犯,而承担既遂罪责又显然过于苛刻的中止人,该说作为一种补救对策,而采取了折衷的做法。该说的主要内容可以归纳为以下四点:第一,脱离仅限于着手实行之后、既遂之前(但帮助犯的脱离也可发生在着手之前);第二,具体而言,由①真挚的中止行为未能奏效而最终发生了犯罪结果、②其他的共同正犯对脱离表示认可(仅限于处于被动或消极地位者)等两种情形构成;第三,①与②的要件分别是,存在真挚的中止行为、相互利用、相互补充的关系(心理性因果关系)已被切断;第四,其法律效果为,仅对脱离之前的行为承担罪责(准照障碍未遂)。<sup>[18]</sup>

笔者认为,第一,大塚仁教授的共犯脱离理论,对于那些实施了真挚的中止行为,却未能阻止其他共犯实施既遂罪的行为人而言,具有补救对策的作用,对此应予以积极评价。然而,尽管行为人实施了真挚的中止行为,如果行为人在中止行为之前所实施的共犯行为与既遂结果之间存在明显的因果关系,对此却仍作为障碍未遂来处理,其理论根据并不充分,只是一种“应景之策”而已。<sup>[19]</sup>这是因为,在中止行为具有任意性的场合,既然不能成立中止犯,当然也不能构成障碍未遂,而应负既遂罪责;反之,“在任意中止的场合,既然能构成障碍未遂,又为何不能成立中止犯呢?”<sup>[20]</sup>在此,该说难以自圆其说。第二,由于脱离可以发生在共犯关系的任何阶段,那么,将脱离限定在着手实行之后、既遂之前,这似乎与客观现实不符。第三,该说以中止犯的法定刑的比较为基础,力图保持二者在处断上的平衡。但共犯的脱离与共犯的中止属于不同层面的问题,在共犯脱离的场合,究竟是构成障碍未遂还是构成中止未遂,应根据具体情况而定,并不一定要考虑与中止犯的法定刑之间是否存在平衡。

### (三)因果关系切断说

长期以来,日本学界一直试图以不同理论来分别解决着手前后的脱离问题,对此,平野龙一教授从因果共犯论的角度率先指出,脱离问题考虑的是与结果之间的因果性是否已被切断,而中止犯是否

[15] 参见[日]西田典之:《论共犯的中止》,《法学协会杂志》第100卷第2号(1983年),第250页。

[16] 前引[8],大塚仁文,第398页。

[17] 参见[日]野村稔:《刑法总论》,成文堂1998年补订版,第436页以下;[日]佐久间修:《刑法讲义(总论)》,成文堂1997年版,第396页以下。

[18] 参见[日]森森村:《认定共犯关系并解消的案例》,载石堂功卓编:《现代刑事判例研究》(第二卷),成文堂1997年版,第63页以下。

[19] [日]大塚裕史:《刑法总论的思考方法》,早稻田出版经营1999年版,第366页。

[20] [日]中山研一:《刑法总论》,成文堂1982年版,第508页注2。

成立则以脱离问题为前提,二者应区别对待。<sup>[21]</sup>该说以共犯的处罚根据为基点,着眼于脱离者自身的行为对结果所造成的物理性和心理性因果影响是否已被切断。其基本观点在于,在因脱离行为而切断了与结果之间的因果性的场合,第一,如果脱离发生在着手实行之前,则脱离者一般不承担任何罪责(但可能成立预备犯);第二,如果发生在着手实行之后、既遂之前,则对脱离之前的部分承担未遂罪责(如具备任意性要件,则成立中止犯),而对其他共犯在脱离之后所实施的行为、所造成的既遂结果并不承担罪责。<sup>[22]</sup>该说不仅能在理论上统一解决着手实行前后的脱离问题,而且不拘共犯形式的异同而能明确共犯的处罚极限,因而逐渐成为学界通说。我国台湾一些学者也秉承此说,认为“只要行为人能以真挚的意思切断心理及物理上的联系,则共同正犯的关系即从切断联系的时点起消失,切断关系者只就切断前的行为负责。”<sup>[23]</sup>

该说立足于因果性共犯这一基点,通过探究脱离者脱离之前的行为是否对最终结果存在因果性影响力来判断共犯的脱离是否成立,应该说这种做法较为妥当。但问题在于,物理性和心理性因果关系的切断标准何在,因果关系是否真能被切断?因而,尽管该说处于通说地位,但仍受到不少批判。第一,有的学者指出,“如不存在因果关系,当然应免受刑责,完全没有必要将其设定在共犯关系的脱离这一框架之内”。<sup>[24]</sup>第二,在该说中,脱离意味着因果关系的切断,而因果关系的切断又无非是指切断正在进行之中的因果关系,这本应是指防止了结果的发生。因而,在结果已实际发生的情况下,能否说因果关系已经被切断,这不无疑问。即便从相当因果关系的角度来看,也不能不说,相当因果关系存在与否与因果关系切断与否并不属于同一问题。<sup>[25]</sup>第三,该说的最大问题在于,“如考虑因果性是否已被切断,那么,绝大多数情况下就难以肯定(共犯的)脱离”,<sup>[26]</sup>因而该说有不当缩小脱离的成立范围之虞。这是因为,在诸如提供决定性信息或提供技术性帮助的场合,只要其他共犯利用该信息或技术实施了犯罪,因果性就依然在延续。可以说,心理性影响一旦形成,要完全消除几乎不可能。正因为如此,现在有不少学者(如西田典之、前田雅英、山中敬一、浅田和茂、堀内捷三等)一边坚持因果关系切断说的基本立场,一边又从规范性角度出发试图缓和切断标准,而提出了“因果关系切断缓和说”(即认为无须完全切断因果关系)。应该说,如果因果关系能被完全切断,且具有客观标准,那么便完全没有作此努力的必要。这一动向的出现恰好反映了因果关系切断说的不合理性。

#### (四)共犯关系解消说

大谷实教授以因果关系切断说为基础,立足于脱离前后的共犯关系是否是同一共犯关系这一角度,提出了因果关系解消说,即“脱离必须达到解消既存共犯关系的程度”。<sup>[27]</sup>

尽管共犯关系解消说是由因果关系切断说演进而来,但并不止于对因果关系切断说的补充。因果关系切断说将脱离前后的共谋关系视为同一共谋关系,而从脱离者脱离之前的行为对结果的发生是否具有因果影响力这一角度来研究共犯的脱离;与此相反,共犯关系解消说则认为,在脱离之时,结果并未发生,犯罪尚处于未遂(或预备)阶段,因此应从其后的犯罪行为及其结果是否由并不包括脱离者在内的新的共谋关系所引起这一角度来研究。这也正是区别共犯关系解消说与因果关系切断说的关键之所在。大谷实教授的脱离理论主要包括以下内容:在着手之前脱离,除因在共谋之时提供了凶器等共犯关系依然存续的场合之外,一般只要作出脱离的意思表示,并得到其他共犯的认可即可。原

[21] 参见[日]平野龙一:《刑法·总论II》,有斐阁1975年版,第385页以下

[22] 前引[7],内藤谦书,第1426页以下。

[23] 李茂生:《共犯关系之脱离》,台湾《月旦法学杂志》第21期;甘添贵:《刑法之重要理念》,台湾瑞兴图书股份有限公司1996年版,第164页

[24] [日]香川达夫:《共犯处罚的根据》,成文堂1988年版,第166页。

[25] 参见[日]冈野光雄:《共同正犯的脱离》,《研修》第509号(2004年),第10页

[26] [日]内藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,第431页;[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2000年新版,第496页

[27] [日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2000年新版,第497页以下

则上,着手之后(包括既遂之后)很难成立脱离,但是①在实行行为的途中表明脱离意思,②并得到其他所有共谋者的认可,而且,③通过积极实施能防止结果发生的行为而阻止了其他共犯的实行行为,进而使得基于当初的共谋所实施的行为归于没有发生,即可认定共犯关系已归于解消。由于此时的脱离必须基于本人的真挚的努力,那么只要能认定成立脱离,则作为着手之后、既遂之前的脱离的法律效果,就应成立中止未遂。

共犯关系解消说的脱离标准为共犯关系是否被解消,即在行为人退出共犯关系之后,其他共犯是否通过犯意的再确认而形成新的共谋(合意),并据此继续实施犯罪。不少判例也以解消共犯关系作为脱离要件。笔者基本赞同该学说。

但是笔者认为,该学说仍有值得商榷之处。第一,该说认为,脱离的意思必须向其他所有共犯表达,且必须得到其他所有共犯的认可,对此不无疑问。首先,例如就骚乱罪的附和随从者而言,要求其必须向其他所有共犯表明脱离的意思,这几乎不可能,也无此必要,因而笔者认为,只要向实施实行行为者或对其犯的进程起决定作用者表明即可;其次,正如后面所要谈到的,能得到其他所有共犯的认可当然最为理想,但在默示的情形下,是否得到了对方的认可很多时候并不明确,因而笔者认为,只要达到为其他共犯所“认知”、“察觉”的程度即可。第二,出于以下两点理由,笔者认为,该说对着手之后的脱离要件规定得过于严格。首先,该观点不无混同脱离与中止未遂之嫌,这是因为,根据具体情况,对脱离之前的行为既有适用或准用中止未遂的,也有适用障碍未遂的,而并非一概适用中止未遂;其次,对于除“首犯”<sup>[28]</sup>以外的其他共犯,例如骚乱罪等集团犯的末端参与者,作如此要求显然过于苛刻。因此,笔者主张,应根据共犯在共犯关系中的实际作用作个案分析,其成立要件也理应有所区别。第三,该观点认为退出行为必须基于本人的意思,具有任意性。但正如后文要专门阐述的一样,笔者认为,成立脱离并不以“任意性”为必要条件。

#### (五)日本相关判例的观点

判例在日本具有较为重要的法律渊源地位。<sup>[29]</sup>共犯脱离理论在日本判例中有突出表现,甚至可以说,日本有关共犯关系脱离的理论无不是以判例为基础而提出并展开的。

就着手实行之前的脱离而言,有若干下级裁判所的判例,但尚无最高裁判所的判例。尽管有少量判例将其作为中止犯的问题来对待,但大多数判例则肯定了共谋共同正犯这一概念,并指出是否成立共谋关系的脱离,不应考虑是否实际阻止了犯罪的实现,而应着眼于共谋关系是否已经消解。<sup>[30]</sup>由于仅仅参与共犯还不足以成立未遂犯,因而笔者对判例的一般观点深以为然。迄今为止的判例一般认为,那些心理影响并不强烈的共谋者(如追随型或平均型共犯),只要表明脱离的意思(并不一定要明示,默示亦可<sup>[31]</sup>),且为其他共犯所察觉或认可即可。但对于那些首谋者、在共犯关系中起中心作用的共犯、或者提供犯罪所必不可少的工具或信息的共犯,则只要没有消除自己的参与行为的影响力,便不能成立脱离。

对于着手之后、既遂之前的脱离,一直以来,日本判例完全将其作为中止犯的问题来对待,判例的标准为“脱离的任意性”与“阻止犯罪结果的发生”,由于已经既遂,因而无一不否定成立中止犯,自然也并不成立脱离。<sup>[32]</sup>

[28] 日本刑法并无“首犯”、“主犯”的概念,但判例对“首犯”(“主谋者”)概念有所涉及。

[29] 大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2004年新版补订版,第61页。

[30] 东京高判昭和24年(1949年)9月14日高刑集3卷3号407页、福冈高判昭和28年(1953年)1月12日高刑集6卷1号1页等。

[31] 福冈高判昭和28年(1953年)1月12日高刑集6卷1号1页。

[32] 大判大正11年(1923年)7月2日刑集2卷610页,最判昭和24年(1949年)12月17日刑集3卷12号2028页,福冈高判昭和63年(1988年)12月12日研修489号120页等。

犯罪一旦达到既遂,一般而言,脱离并不影响犯罪的成立,特别是就即成犯与状态犯而言。<sup>[33]</sup>但诸如结果加重犯的场所,如果加重结果是因脱离之后的行为所引起,或者在究竟是由脱离之前的行为引起还是由脱离之后的行为引起并不明确的情况下,以及诸如既遂之后对法益的侵害仍在继续的继续犯场合,脱离者应承担何种程度的罪责便值得探讨,这也正是共犯的脱离理论所要研究的问题之一。对于继续犯、结果加重犯的案件,判例的态度并不一致,既有持否定态度者,<sup>[34]</sup>也有持肯定态度者。<sup>[35]</sup>但可明确的是,即便是在既遂之后,在一定要件之下,仍可成立脱离。

总之,较着手之前的脱离而言,判例对着手之后(包括既遂之后)的脱离的要求更为严格,一般要求同时具备以下条件:其一,为防止结果的发生作出了最大程度的努力;其二,脱离之后的行为可以评价为是基于新的共谋而产生。

### 三、共犯脱离的具体问题与解决

#### (一)共犯脱离的法律本质和判断标准

##### 1. 共犯脱离的法律本质

如前所述,障碍未遂准用说的出发点在于“力图弥补中止未遂所不能救济之处,属于中止未遂的救济对策”。但根据共犯关系解消说,既然中止犯属于未遂犯的一种形态,则中止未遂就必须以“结果的未发生”为先决条件,反之,只要结果已发生,便再无成立中止未遂之可能。因而,任何试图运用脱离理论来对该问题予以修正、缓和或救济的做法,均难免牵强,也有偏离罪刑法定原则之嫌。但是,即便结果已经发生,于着手之后、既遂之前的脱离则理所当然有适用中止未遂的可能。这样,无需对中止犯的成立要件作任何修正,也能准确评价脱离者的罪责。总之,脱离理论发展到今天,已不再具有中止理论的“救济对策”这一法律属性,其与中止犯理论应处于不同的理论层面。现在一般认为,共犯脱离是适用中止犯规定之前的共犯处罚的极限问题。<sup>[36]</sup>

比较而言,共犯脱离是有关犯罪结果的归属问题,而共犯的中止犯则是有关已成立的未遂犯的可罚性问题。前者属于共犯论特有的问题,后者与其说是共犯论的问题,不如说是未遂犯论的问题。尽管二者存在重合部分,共犯关系的脱离也有可能适用共犯的中止犯规定,但二者本质并不相同。按照共犯关系解消说的观点,只有在成立脱离的基础上,同时具有“中止行为的任意性”与“结果的未发生”二要件,脱离者始成立中止犯,因而共犯的脱离与单独正犯的中止犯是可以并存的概念。

##### 2. 共犯脱离的判断标准

笔者认为,以共犯关系解消说为基础,判断共犯关系是否已解消取决于以下两点:首先,部分共犯的脱离行为(口头或动作)已为其他共犯所认知;其次,正是因该脱离行为的存在,其他共犯如欲继续实施犯罪,就必须通过犯意的再确认而重新建立新的共犯关系。共犯关系的脱离原则上要同时具备脱离者的主观认识与社会一般人的客观评价两方面要素。具体而言,第一,脱离者自身认为、自己已从共犯关系中脱离,其他共犯其后的犯罪行为及其结果与自己没有关系;第二,在社会一般人看来,脱离之后的犯罪行为应视为另外的犯罪行为。当然,共犯类型不同、脱离者在共犯中所处地位及所起作用不同,其脱离要件当然有所差别,对此,后文将区分不同共犯类型作更详细的探讨。

与脱离标准有关的还有脱离要件是否应当具有“任意性”,以及脱离是否要得到其他共犯“认可”的问题。

[33] 参见[日]大越义久:《共犯论再考》,成文堂1989年版,第148页。

[34] 东京高判昭和32年(1957年)6月26日东高时报8卷6号162页、东京高判昭和46年(1971年)4月6日东高时报22卷4号156页、最决平成元年(1989年)6月26日刑集43卷6号567页等。

[35] 最高裁平成6年(1994年)12月6日刑集48卷8号509页等。

[36] 前引[19]、大塚裕史书,第364页。

## (1) 脱离要件是否应当具有“任意性”

脱离理论的旨趣在于,从共犯论的视角对脱离之后共犯关系是否依然存在作实质性考察,进而准确判定脱离者,尤其是作出真挚努力的脱离者的罪责。很多情况下,特别是教唆犯主谋的场合,如不任意地实施脱离行为(积极的劝阻行为等),则不足以解消该共犯关系,不能成立共犯关系的脱离。

但是,社会因素变化万千,世间情势难以预料,共犯现象也不例外。共犯关系一旦成立,并不意味着这种关系一定会维持到最后。既有部分共犯出于难以预期的障碍,而不得不退出共犯关系的情形,也有部分共犯中途醒悟,而自行放弃犯罪行为的情况。对这两种情形是否可作同等评价,便值得探讨。日本刑法学界多数观点认为,脱离者丧失犯意的动机如何,这与是否成立脱离并无关系。对于这一点,英美刑法有所差别。美国《模范刑法典》5.01(4)条“犯罪目的的放弃”规定:“如果放弃犯罪目的的原因之全部或部分在于,犯罪行为开始之时并不存在或并不明朗的事项增大了被发现或被逮捕的可能性,或者使得犯罪目的达到变得更为困难,则该放弃不谓任意放弃。或者,犯罪意思的放弃动机在于,将犯罪行为延期至更为有利的时期,或将该犯罪活动转向其他同类目的物或被害人,则该放弃不谓完全放弃”。如此一来,既然共犯的脱离被视为与中止未遂相同的抗辩事由,那么,要求脱离动机具有任意性也是理所当然。与此相反,英国法认为,只有切断“因果性”才是共犯脱离的抗辩根据,而不问动机如何。<sup>[37]</sup>英国法庭往往不愿意去探究动机问题,如果行为人消除他所提供的帮助或者鼓励的影响,他就没有责任,即使消除影响不是他所刻意追求的。<sup>[38]</sup>

根据共犯关系解消说,只要行为人退出共犯关系,且该共犯关系归于解消,便成立共犯关系的脱离,对脱离之后的行为与结果不承担罪责,这与“任意性”并无必然联系。换言之,不问着手前后,如具有“任意性”,则相对更容易成立脱离,但“任意性”并非脱离的必要条件。例如,在着手实行之后,因被警察发现而四处逃离的场合,如果在并未通知“脱离者”的情况下,包括主谋在内的部分共犯其后重新集结,并完成了预期犯罪,可以说后一犯罪行为是基于新的共谋而实施,那么,对于并未参与前一犯罪行为的“平均性(一般性)共犯”而言,认定其成立共犯关系的脱离,亦无不可。但任意性的有无影响到脱离前的行为的罪责,特别是在着手之后、既遂之前的场合,更是判断中止犯成立与否的重要标准;而在着手之前或既遂之后,则仅是酌量刑事由之一。主张因果关系切断说的学者多持相同观点。概言之,任意性的有无并不是判断脱离成立与否的决定性因素,但如没有任意性,则绝无成立中止未遂之可能。

与任意性相关的还有如何评价“真挚的努力”这一问题。作为对现行日本刑法的解释,如果共同正犯完成了全部的实行行为,只要未能阻止结果的发生,则全体共犯均须对所发生的结果承担罪责。至于为阻止结果的发生,其态度是否真挚,以及真挚的程度如何,至多只是在量刑阶段予以考虑。<sup>[39]</sup>而在共犯脱离的情形下,真挚的努力是否必不可少,以及如何评价行为人所付出的真挚的努力,对此,学界也有不同观点。但作为脱离要件,日本的判例对首犯之外的“平均性共犯”并未作此要求。笔者认为,脱离并不以“真挚的努力”为必要条件,而且,即便付出了“真挚的努力”,只要未能解消既存的共犯关系,仍然不能成立共犯的脱离。

## (2) 脱离是否必须得到其他共犯的“认可”

“认可”一词的日文原为“谅承”、“了承”,我国学者的著作或译著对此多有涉及,但译法各异。如

[37] 在英国,正是因为“因果不可追溯”,未遂犯一旦成立便无法被事后否定,因而,并不认定中止未遂属于抗辩事由。Law Com. No. 102, para. 2, 132.

[38] 参见[英]·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年出版,第180页。

[39] 前引[17],佐久间修书,第396页。



马克昌教授译为“谅解”,<sup>[40]</sup>张明楷教授译为“接受”,<sup>[41]</sup>冯军教授译为“了解”。<sup>[42]</sup>尽管译词的中文意思差别不大,但作为脱离的要件,其间含义却甚有差异。日本《广辞苑》对此的注释为“在理解的基础上表示赞同”,进一步参阅相关判例与学术著作,笔者认为,译为“认可”、“接受”,似乎更合原意。

无论是否已经着手,日本的判例以其他共犯对脱离的“认可”为要件之一,<sup>[43]</sup>并为多数学者所支持,<sup>[44]</sup>但也有不少学者对此提出了异议。<sup>[45]</sup>基于下述理由,笔者认为,以其他共犯对脱离的“认可”为要件并不合适。

第一,由决意继续实施犯罪的其他共犯的主观意思来决定脱离成立与否,这不仅有违脱离理论的旨趣,且对于脱离者亦不公平。

第二,在片面共犯、集团犯的末端参与者等场合,几乎不可能得到其他共犯的“认可”。

第三,并不是所有判例均要求须得到其他共犯的“认可”,认为只要达到“察觉”、“意识”、“认知”程度的也并不少见。<sup>[46]</sup>还有,如果某些共犯因不满脱离而实施阻碍行为,脱离者坚决将其排除,则从结果而言,只能视为存在“认可”,进而应认定成立共犯关系的脱离。<sup>[47]</sup>

笔者认为,就脱离而言,是否得到了其他共犯的“认可”并不重要,关键在于其他共犯是否在意识或察觉到“脱离”的情况下,依然坚持实施犯罪行为。因此,有无“认可”仅仅只是“其他共犯在脱离之后引起了结果发生的场合,推定脱离之前的行为对此是否仍存在因果影响力的事由之一”,<sup>[48]</sup>一般来说,只要其他共犯已察觉或意识到脱离者的“脱离”即可。

脱离的法律效果可以归纳为:①只要成立脱离,则不问脱离时期,均对脱离之后的行为及其结果不承担责任;②在着手实行之前脱离的,原则上可否定共犯的成立;<sup>[49]</sup>③在着手实行之后,既遂之前脱离的,对脱离之前的行为承担未遂责任,如具备“任意性”要件,则成立中止未遂;④在既遂之后脱离的,对脱离之前的行为与结果承担既遂责任,并无适用中止未遂之可能。

## (二)各种共犯脱离的类型

要更准确地把握脱离要件和标准问题,还应根据共犯的类型,以及行为人在共犯关系中的地位、作用分别探讨。为此,本文假定这样一个案例:“甲获悉某独住在偏远地境的老妇人V手头存有不少现钱,意欲实施抢劫,并将上述情况告知朋友乙与丙,力邀他们一同参与,且得到了乙与丙的同意,三人商定在某天的深夜一同实施抢劫”。基于以上案件事实,笔者将共犯的脱离分为共谋共同正犯的脱离、实行共同正犯的脱离,以及狭义的共犯关系的脱离,分别予以探讨。

### 1. 共谋共同正犯的脱离

迄今为止,共谋共同正犯的脱离这一概念在日本下级审之间已经确立,且一般以“脱离的意思表示(默示亦可)”与其他共犯对此的“认可”作为共谋关系解消的要件,这已成为日本高级裁判所的普遍

[40] 马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第742页。

[41] 张明楷:《未遂犯论》,法律出版社·成文堂联合出版1997年版,第409页;陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第290页。

[42] 大塚仁:《刑法总论》,冯军译,法律出版社2003年版,第351页。

[43] 东京高判昭和24年(1949年)9月14日高刑集3卷3号407页,大阪高判昭和41年(1966年)6月24日高刑集19卷4号375页等。

[44] 前引[27],大谷实书,第497页。

[45] [日]山口厚:《问题探究·刑法总论》,有斐阁1998年版,第260页;堀内捷三:《刑法总论》,有斐阁2004年第2版,第304页。

[46] 福冈高判昭和28年(1953年)1月12日高刑集6卷1号1页,东京地判平成12年(2000年)7月4日判例时报1769号158页。

[47] 大塚仁:《刑法论集(Ⅱ)》,有斐阁1976年版,第33页。

[48] 前引[8],大塚仁文,第400页。

[49] [日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,第431页;[日]西原春夫:《刑法总论》,成文堂1977年版,第337页。

认识。多数情况下,如存在脱离的意思表示与其他共犯的认可,则可以说,其他共犯已认识到其后不再存在“脱离者”的合作与帮助,并意识到是在与“脱离者”毫无关系的情况下,仅由剩余的共犯实施犯罪行为,进而可认定“脱离者”的参与已不再对其他共犯其后的实行行为存在心理性影响力。但在脱离者提供重要信息或工具的场合,仅有“认可”还不足以认定其影响力已经消除。

因脱离的时期、脱离之前的行为形态及其程度千差万别,一律以“脱离的意思表示”与其他共犯对此的“认可”作为脱离要件,显然过于机械,也不太符合实际。笔者认为,因脱离者的行为形态及其在共犯关系中所起的实际作用的不同,其脱离要件也理应有所差异,只要脱离之后由其他共谋者所实施的犯罪行为不能评价为基于新的共谋关系所实施,便不能成立共谋共同正犯关系的脱离。

具体而言,在上面假定的案例中,甲是共犯的发起者,且提供了“决定性信息”,可认定为“首谋”。如甲在马上要着手实行之前幡然醒悟,并对乙、丙说“算了吧”,且在得到乙与丙的认可之后自行离开,其后,乙与丙完成既定的犯罪。对此,马上认定甲成立脱离,而对其后的乙与丙的犯罪行为及其结果(也可以是未遂)不再承担责任,则未免过于草率。<sup>[50]</sup>甲至少应规劝乙、丙打消犯罪念头并就此一并解散。反之,如乙、丙听从甲的规劝,三人一致同意放弃犯罪并就此解散,其后,乙、丙重新集结并实施了原定的犯罪,即便乙、丙是利用了甲所提供的信息才得以得逞,仍可认为甲成立脱离。这是因为,只要曾经参与共谋并提供了相关信息,则无论经过多长时间,仍应对此承担罪责,未免过于严厉,也难以体现刑事政策的宗旨。<sup>[51]</sup>

本案还可以假设其他情形。例如,如果不是甲,而是受甲的劝诱而参与犯罪的乙在着手实行之前放弃犯罪,并向甲、丙作出脱离的意思表示,那么,由于乙是受甲的劝诱才决定参与犯罪,只要未作出诸如“给其他共谋以勇气”、“提供工具使得犯罪更容易实现”等特别行为,就相对容易认定共谋关系的脱离,通常只要得到其他共犯的认可或为其他共犯察觉即可。反之,如果乙在决定参与犯罪之后,提供了必要的工具,则只要未收回工具,即便得到了甲、丙的认可,乙也不能成立脱离。

根据参与共谋的程度及其地位、作用的不同,可将共谋者区分为“首谋型”(主动型)与“追随型”(被动型、从属型、平均型)。原则上,就“首谋型”共犯而言,仅有脱离的意思表示以及其他共谋者的认可还不够。如果共谋关系已经成立,则必须解消该共谋关系或者阻止实行行为;如果共谋关系尚未形成,则必须解消正在形成之中的共谋关系。着手实行之后也是如此。相反,就“追随型”而言,只要基于脱离的意思表示与其他共犯的认可而消除自己行为的影响即可,不必达到解消整个共谋关系或者阻止其他共谋者的实行行为的程度。

## 2. 实行共同正犯的脱离

实行共同正犯的脱离一般指着手之后、既遂之前的脱离。着手后、既遂前的脱离是指“在共同正犯着手实行之后、既遂之前,共同正犯中的部分共犯解消与其他共犯之间的相互利用、相互补充的关系,退出该共同正犯”的情形。<sup>[52]</sup>脱离者须对脱离之前的共同实行行为承担未遂罪责(障碍未遂或中止未遂),而对其后由其他共犯所实施的行为及其结果不承担罪责。

日本刑法学界既有认为应对这类脱离者适用中止犯的学说,也有认为仅限于障碍未遂的学说。共犯关系解消说认为,脱离者对脱离之后的行为及其结果不承担罪责的要件在于,①仅有单纯的脱离行为远远不够,②得到其他共犯的认可亦不充分,③还应因脱离行为而解消共犯关系。当然,诸如骚乱罪等集团犯的场合,就那些对共犯的成立及其进展几乎没有任何影响的“追随型”共犯(随大流的末端参与者)而言,只要任意或非任意地退出共犯关系即可。

[50] 前引[47],大塚仁书,第33页。

[51] 东京地判昭和52年(1977年)9月12日判时919号第126页认为,在共谋背景事项随着时间的推移而大幅变化的情况下,共谋关系可以在“暗默”中解消。

[52] 前引[5],川端博书。

与着手之前相比,在着手之后,法益侵害的危险性已发生质的变化,结果发生的盖然性更大,“着手实行”这一行为本身对结果具有强大的原因力,通常情况下,共同正犯之间会产生“既然事已至此,已再难回头”这样一种强烈的心理依存性、心理约束力,因而很难成立脱离。因此,要达到“作为一种社会现象,脱离后的犯罪行为可以视为(不同于脱离之前的)其他犯罪行为”这样一个标准,往往需要实施积极的脱离行为。

具体而言,在共同正犯A与B一同着手之后,如A要从该共犯关系中脱离,仅有消极的退出行为还不够,只有B因A的积极劝阻并一度中止犯罪之后,B再基于自己的意思继续实施犯罪行为的场合,A才对已实施的行为成立中止犯,并对其后的行为与结果不承担罪责。另外,在A、B因意志以外的原因而不得中止犯罪行为之后,B再基于自己的意思继续犯罪行为的场合,A对已实施的行为成立障碍未遂,并对B其后的行为与结果不承担罪责。

在假定案例中,如果甲、乙、丙三人出于共同抢劫的意思,一同侵入老妇人V的住宅,在胁迫并抑制住V的反抗之后,试图夺取财物。此时,乙突然产生怜悯之心,决意中止犯罪,并对甲、丙说“算了,回去吧”。对此,甲、丙回答“随你的便”。于是,乙说“我走了”便自行离去。其后,甲、丙完成了犯罪。此时,尽管乙仅属于“平均性共犯”,对共犯的进程并未发挥重要作用,但其与甲、丙所共同实施的“侵入V家,并胁迫V”这一行为的影响力(V仍处于被抑制状态,其惊恐心态并未消失)依然存在,因而不能认定乙成立脱离,其退出行为仅属于量刑情节之一。还可设想,在乙对甲、丙说“算了,回去吧”之后,甲、丙未予理睬,而意欲继续实施犯罪,乙无奈只得尽力阻止甲、丙的行为,结果,甲与丙将乙打昏在地,并乘机抢走了财物。在抢劫罪的实行途中,乙不仅自行放弃了犯罪意图并中止了自己的实行行为,而且为阻止共犯甲、丙的实行行为作出了最大可能的努力,应该说,乙“真挚地实施了共同正犯的中止行为”,结果之所以发生,完全是因乙无法控制的原因所引起,已超出了乙的能力范围。因此,应认定共犯关系已解消,乙的罪责仅限于脱离之前的抢劫行为(不考虑住宅侵入行为)的未遂,且由于乙的中止行为具有任意性,应成立中止犯。

还可假设,如实施上述退出行为的并非乙而是甲,那又如何呢?在共同抢劫犯罪中,甲劝诱乙与丙参与犯罪,且提供了被害人信息,应该说对抢劫罪的实施发挥了主导作用,因而,只要全体共犯未能因甲的退出行为而退出犯罪,就难以认定实行共同正犯的脱离。但如甲因阻止乙、丙的犯罪行为而被打昏,也就是在甲作出了最大限度的努力的情况下,也不是完全没有认定其脱离共犯的可能。

另外,在此案例中,也可能存在成立脱离而构成障碍未遂的情形。例如,甲、乙、丙三人在抑制住V的反抗并准备夺取财物时,突然听到警笛声而惊慌逃逸,其后,甲、丙二人在乙不知情的情况下再度对V实施了抢劫。由于第二次的抢劫行为与乙并无关系,因而乙的罪责应限于障碍未遂。

### 3. 狭义的共犯脱离

基于狭义共犯的概念,狭义的共犯脱离包括教唆犯关系的脱离与帮助犯(从犯)关系的脱离。

#### (1) 教唆犯关系的脱离

所谓教唆,是指使他人产生犯意的行为,其本质在于被教唆人(正犯)基于此犯意而实施犯罪。为此,教唆犯要成立脱离,就必须消除被教唆人所产生的该犯意。由于共犯相互之间的心理影响力一旦产生,便极难消除。因而,要消除因教唆所产生的犯罪动机,仅有教唆者的脱离意思表示与被教唆人的认可还不够,教唆人还必须通过积极的劝阻行为等使正犯放弃犯意,或者至少使教唆行为所造成的惹起结果的危险归于解消。这已经成为多数学者的主张。进一步说,由于要消除教唆犯的心理性影响几乎不可能,而且正犯是否真正放弃了犯意难以确证,要认定正犯的心理状态并不容易,因而只要教唆人实施了充分的劝阻行为,且正犯看似已经反悔,加上不存在反证,就可认定正犯已放弃犯意,反之,如要求正犯必须完全放弃犯意,则教唆犯关系的脱离的成立范围将受到极大限制。

在正犯着手之前,一般而言,如教唆人未能成功地使正犯悔罪,则必须采取诸如通知被害人或向警察机关告发等手段,物理性地阻止正犯的犯罪行为,否则,不能认定成立脱离。这一点英美刑法也

有类似的认识,即有效退出最明确的证据是去告知警察或者计划的犯罪中的被害人,特别是在正犯接受支持和鼓励后下落不明时,从犯必须把预期的犯罪告诉警察(以表明自己退出)。<sup>[53]</sup>当然,如作出了当时所能作出的最大努力而仍然未能劝阻住正犯,也存在成立脱离的可能。

由于正犯的犯意是因教唆人的教唆行为的存在而形成,并且,一般情况下,教唆行为本身已经实施完毕,因而正犯其后的犯罪行为与教唆人的意思无关,完全取决于正犯本人的意志。因此,着手后的脱离要件与着手前基本相同。只是在着手前必须使正犯放弃犯意,而着手后则必须中止正犯的实行行为。另外,在着手后、既遂之前,犯罪是基于教唆人的任意性而止于未遂,因而教唆人成立中止犯。

## (2) 帮助犯关系的脱离

所谓帮助,是指使已具有犯意的正犯更容易实现犯罪的行为,包括两种表现形态:其一,使犯罪行为本身更容易实现的“物理性帮助”;其二,仅限于助长正犯犯意的“心理性帮助。”要成立帮助犯关系的脱离,至少必须一并消除因这种物理性帮助或心理性帮助所形成的犯罪危险。

物理性帮助还可细分为①提供资金、凶器、钥匙、场所等的有形帮助,以及②提供有关被害人、目标地的信息或教授工具的使用方法、犯罪的有效实行方法等的无形(技术)帮助。在前一种情形下,从犯在提供了犯罪工具或资金之后,只要其出于阻止犯罪实现的意图而收回了工具或资金,即便其后正犯通过其他途径重新获得工具或资金,并最终实施犯罪,仍可以说正犯的犯罪行为是基于新的犯意而实施的,因而能肯定从犯成立脱离。而后一情形要复杂一些。如果正犯从从犯所教授的方法中得到启发而利用别的方法实行了犯罪,另外,从犯所教授的方法还可通过正犯的记忆而最终发挥作用,因此,从犯必须通过说服或物理性手段使正犯一并放弃犯意。

心理性帮助主要影响和作用于正犯的主观思想方面,一般指通过鼓励、建议、答应帮助正犯潜逃或隐匿正犯而消除正犯的心理障碍,从而强化其犯意。<sup>[54]</sup>通常的犯罪实践表明,只要一旦强化或者助长了正犯的犯意,便很难消除其心理性影响,因而也难以成立脱离。但笔者认为,与教唆犯的情形类似,非完全消除心理性影响则不能成立脱离,这未免过于苛刻。在仅仅约定帮助潜逃或者帮忙望风的情形下,只要从犯取消该约定即可;而在仅仅予以鼓励的情况下,则只要劝说正犯放弃犯意即可,而不应以正犯事实上完全放弃犯意或打消念头为必要。当然,在心理性帮助对正犯最终形成犯意起到决定性作用的少数情形下,应将其视为教唆犯来处理。<sup>[55]</sup>

帮助犯在正犯着手之后的脱离要件与着手之前并无区别,其法律效果也与教唆犯的情形相同。

## 四、结 语

共犯关系的脱离源于共犯的中止问题,这是德、日等大陆法系国家和英美判例法国家比较一致的认识。但共犯关系的脱离毕竟发生于共同犯罪过程之中,本文的探讨也表明,共犯的脱离并非共犯中止问题所能完全包容。而且,只要存在共犯关系就可能成立部分共犯的脱离,只不过因脱离时期、脱离者在共犯关系中所处的地位和所起的作用不同,脱离的判断标准也各不相同。对此,日本刑法学界的研究为我们解决此类问题提供了一个新的视角。

有别于日本刑法,我国刑法中(就单独犯罪而言)的犯罪中止是与预备、未遂相并列的犯罪停止形态之一。但共犯的脱离同样不同于此意义上的犯罪中止,因为犯罪中止与犯罪既遂相互对立,它完全

[53] 参见[英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,理查德·卡德修订,赵秉志等译,中国人民大学出版社1991年版,第413页。

[54] 前引[19],大塚裕史书,第369页。

[55] 前引[15],西田典之文,第234页。

排斥犯罪结果的发生,在理论上共同犯罪也当如此。而共犯的脱离往往是在其他共犯完成犯罪后再来判断部分共犯是否脱离,这种理论上的差异对我们实际处理那些可能存在脱离情形的共同犯罪案件带来了不小的困惑。共犯可以承继,为什么就不能脱离呢?可以说,缺少共犯脱离的理论指导,基于与其他共犯同等程度处罚的威吓结论(不排除酌情从轻),部分共犯人“想脱离共犯关系都难”。我国司法机关对那些实际脱离者,只能是酌情从轻而已,最有利情况也只是,对于早期阶段的脱离者(如在预备阶段),有可能根据刑法第13条但书的规定作无罪处理。也就是说,脱离行为,尤其是着手之后的脱离行为,仅仅只是酌情量刑情节之一,最终如何认定还得仰仗司法机关的自由裁量,因而难免因人而异、因时而异、因地而异,缺乏统一标准。因此,至少可以说,将共犯脱离问题作为共犯论体系中的一个独立范畴来研究的做法是值得借鉴的。

从刑事政策学的角度看,打击、分化和瓦解共同犯罪需要关注共犯脱离问题。英美刑法和大陆刑法在这个问题上反映出明显的共性。在因果共犯论仍然处于有力地位的今天,无论是日本的共犯关系解消说等学理之争,还是英美分别将共犯脱离作为阻却违法或阻却责任的抗辩理由的做法无不蕴意深刻,这至少给我国的刑法解释论提供了新的思考。不可否认,从长远来看,如何对待共犯的脱离问题,无论是对于我国刑事立法,还是刑事司法实践都具有重要的现实意义。有的学者建言,不仅可在刑法总则中规定共犯脱离及处罚规则,而且对刑法分则规定的一些集团性犯罪,如组织、领导、参加恐怖组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪等,也可增加减轻或免于处罚脱离者的规定,<sup>[56]</sup>大约也是基于这样的考虑。

总之,尽管我国司法实践部门如何具体运用共犯脱离的理论尚待进一步研究,但为了切实体现刑事政策的宗旨,公正准确地评价脱离者的罪责问题,笔者倡导,我国刑法理论界与实务部门应当引入共犯关系脱离这一理论范畴,并尽快形成一套有利于司法实践操作的理论体系。果真如此,笔者在本文开头所言的强奸案例便确有重新审视之必要。

---

**Abstract:** Withdrawal from accomplice offense relationship is actually the problem of how to evaluate their responsibility for criminal offense after their retreating from joint offense. Although it is not proclaimed in each State's criminal code, relatively complete doctrines have been formed through relevant theories and cases in civil law countries, especially in Japanese criminal law. To advocate the doctrine of withdrawal from accomplice offense relationship in Chinese Criminal law thus to solve the related practical problems, it is of vital significance to analyze and evaluate the various doctrines of withdrawal from accomplice offense relationship, making study of the criteria and categories of the withdrawal from accomplice offense relationship.

**Key words:** joint criminal offense; withdrawal; criteria; category

---

[56] 前引[11],刘凌梅文。